

Dataretentie

Beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald

Nico van Eijk*

De altijd omstreden gebleven ‘Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens’ is door de voorzieningenrechter in Den Haag buiten werking gesteld.¹ De rechtbank doet dat op dezelfde krachtige wijze als het Hof in Luxemburg een jaar geleden de onderliggende Europese richtlijn ongeldig verklaarde.² Geen nuancering, geen overgangstermijn. De rechters geven daarmee een krachtig signaal af. In beide uitspraken ligt het accent op de proportionaliteit van de bewaarplicht en wordt het massaal verzamelen van gegevens als zodanig niet afgewezen. Maar de lat wordt wel hoog gelegd en een belangrijke hobbel die in de komende tijd nog genomen zal moeten worden is de onderbouwing van de noodzaak en effectiviteit van *mass surveillance*. De voorzieningenrechter neemt deze noodzaak en effectiviteit vooralsnog aan omdat het argument van de Staat – bepaalde vormen van criminaliteit zijn nagenoeg uitsluitend op te sporen door het gebruik van historische telecommunicatiegegevens – voldoende aannemelijk is gemaakt en omdat een en ander onweersproken is gebleven. Ik verwacht over het verzamelen als zodanig en de daaraan te stellen beperkingen nog de nodige verhitte discussies, discussies die alleen goed gevoerd kunnen worden wanneer er meer transparantie komt over noodzaak en effectiviteit. Tot nu toe is die minimaal en wordt gesteld dat zelf-rapportage op meta-niveau niet kan omdat terroristen daaruit patronen zouden kunnen afleiden. Dit is een niet-houdbaar standpunt: in andere landen wordt wel informatie verstrekt en er is evenmin reden waarom dit soort informatie niet in een vertrouwelijke omgeving breder gedeeld kan worden. Het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) wijst er in zijn reactie op de Luxemburgse uitspraak terecht op dat na 4,5 jaar bewaarplicht er nog steeds geen samenhangende analyse is van wat deze wetgeving daadwerkelijk heeft opgeleverd. In ieder geval is duidelijk dat landen – zoals Duitsland – die de bewaarplicht niet hebben ingevoerd of inmiddels hebben teruggebracht of ingetrokken (al dan niet na rechterlijke interventie) in die periode niet zijn verworpen tot ‘Rogue States’. Bij bijzondere bevoegdheden horen bijzondere verantwoordingen en een goede onderbouwing is essentieel voor de rechtsstatelijke legitimering.

Inmiddels is opgeroepen tot het instellen van een moratorium op wetten die direct of indirect samenhangen met het massaal vergaren van gegevens: laat eerst een meer fundamenteel debat plaatsvinden.³ In diverse wetsvoorstellen, die in behandeling zijn of zijn aangekondigd – kentekenplatenregistratie, ‘computercriminaliteit III’ herziening Wet op de Inlichtingen en -veiligheidsdiensten, etc. – zitten bepalingen die haaks staan op het oordeel van de rechter of waar slechts wordt getracht om op de meest minimale wijze tegemoet te komen aan wat in jurisprudentie is aangegeven. Nederland geeft hoog op over zijn positie op mensenrechtgebied, daar hoort niet een

6- bij maar een dikke 8. Alleen dan kan een voorbeeldfunctie geclaimd worden. Ik teken nog aan dat er op korte termijn nog meer interessante jurisprudentie is te verwachten, zoals een uitspraak van het Hof in de *Max Schrems*-zaak.⁴

In een bredere discussie zal ook de vraag moeten worden beantwoord wat voor consequenties de rechterlijke uitspraken hebben voor andere domeinen waar sprake is van het massaal verzamelen van gegevens voor de opsporing van misdrijven en andere mistoestanden. Naast nationale veiligheid, gaat het om het reguliere politiedomein en het overheidsdomein in bredere zin. Tot deze laatste groep horen onder meer de handhaving binnen de sociale zekerheid en de belastingen. Er bestaan daar zeer ruime verzamelmogelijkheden en langdurige bewaarplichtingen. Gelden in dergelijke situaties onverkort gelijke eisen van subsidiariteit en proportionaliteit? Zijn beginselen van dataminimalisatie, jurisdictie met betrekking tot de opslag, transparantie en onafhankelijke toezicht uniform van toepassing?

Twee voorbeelden om een en ander nader te illustreren. De voorzieningenrechter en het Hof in Luxemburg stellen zonder enig voorbehoud dat om jurisdictieredenen verzamelde data op Europees grondgebied moeten worden opgeslagen (en verwerkt). Dit uitgangspunt plaatst de mythe van oncontroleerbare ‘data in de cloud’ in een meer realistisch perspectief, maar heeft mogelijk verstrekkende consequenties voor de huishouding van betrokken overheden en bedrijven. Is voorstelbaar dat in de toekomst door de rechter wordt geoordeeld dat bepaalde voorzieningen die data-opslag en verwerking buiten Europa mogelijk maken niet in lijn zijn met de fundamentele rechten in het Europese charter of de Europese conventie voor de rechten van de mens?

Een tweede voorbeeld betreft het toezicht. De voorzieningenrechter – verwijzend naar Luxemburg – stelt vast dat er geen waarborgen zijn met betrekking tot onafhankelijk en voorafgaand toezicht op de toegang tot de bewaarde gegevens. In concreto stelt de rechtbank onder meer dat het openbaar ministerie als een onafhankelijke instantie kan worden aangemerkt. Kan worden gesteld dat op het verwerken van via bewaarplichten vergaarde gegevens altijd toezicht nodig is dat voorafgaand en onafhankelijk is? Deze vraag met ja beantwoorden – wat vanuit rechtsstatelijk oogpunt voor de hand ligt – betekent dat er veel moet veranderen in de bestaande praktijk. In alle genoemde domeinen ontbreekt (effectief) onafhankelijk toezicht en/of is dit toezicht niet voorafgaand maar veelal ex post.

‘Beter ten halve gekeerd, dan ten hele gedwaald’ moet het motto zijn van komende actie.

* Prof. dr. N.A.N.M. van Eijk is verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam.

1 Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDA:2015:2498 (*Privacy First c.s./Staat*); zie nr. 12 in dit nummer.

2 HvJ EU 8 april 2014, zaken C-293/12 en C-594/12.

3 Zie <https://www.bof.nl/2015/04/02/persbericht-brede-coalitie-vraagt-visie-privacybescherming-ard-van-der-steur/>

4 Zie <http://europe-v-facebook.org/EN/en.html>.